

資
料

憲法典と「平和基本法」構想

——平和憲法論序説(その一)——

- I 平和憲法の序説的検討にあたって——はじめに
 - 1 平和憲法の原点
 - 2 九条解釈の「対立」の意味
 - 3 湾岸「戦後」の憲法問題
 - 4 原点からの検証の必要
- II 「平和基本法」——共同提言と要綱案
- III 共同提言の問題点(一)——「冷戦終焉」の意味把握と「従来の憲法論」の評価をめぐって
 - 1 「冷戦後」をどうとらえるか
 - 2 憲法学説の果たしてきた役割をどうみるか
- IV 共同提言の問題点(二)——九条解釈論をめぐって
 - 1 規範の「明快」さ

小林 武

- 2 「最小限防御力」とは
- 3 九条解釈の各説と共同提言の位置付け
- V 共同提言の問題点(三)——「基本法」形式をめぐって
 - 1 現代法現象としての「基本法」形式
 - 2 「平和基本法」と憲法九条の規範性
- VI なされるべきこと——むしろとして
 - 1 立法の提唱と政治
 - 2 国民的コンセンサスの結節点

I 平和憲法の序説的検討にあたつて——はじめに

1 平和憲法の原点

一九九七年で施行後半世紀を閲する日本国憲法は、「平和憲法」の名にし負う内容をもつ。それは、わが国が侵略の側に立った第二次世界大戦の悲惨な体験と、この侵略戦争への根源的な反省、そして再不戦の決意から生まれたものである。前文は、その全体が平和宣言ないし平和綱領をなしており、平和の尊さを高らかに謳い、平和の擁護と建設への熱情を吐露して余すところがない。また、政府に平和の大道を歩ませるためには、政府を国民の意思によって動かすという民主主義の確立と主権者たる国民の基本的人權の保障が不可欠であることから、憲法は、平和主義を前面に立てて、これを国民主権・人權保障と結合させ、それらを自らの基本原理としている。

前文のうち、とくに第二段は、わが国が、「恒久の平和」の念願を掲げる平和国家として国際社会場裡で「名誉ある地位を占めたい」との決意を述べたうえで、「全世界の国民が、ひとしく」「平和のうちに生存する権利を有すること」を確認す

る。これは、国民が平和に生きることを、たんに国家が平和政策をとることの反射的利益としてとらえる理解から原理的発展を遂げて、平和を国民の権利として把握したものである。すなわち、この平和的生存権規定は、政府に対しては、軍備をもたず軍事行動をしない方法で国際平和実現の途を追求する平和政策の遂行を法的に義務づけ、他方国民には、政府が平和政策をとるよう要求し、また自らの生存のための平和的環境をつくり、維持することを各自の主観的権利として保障しているのである。

そのうえで、第九条が、一切の戦争を放棄しあらゆる軍備を保持しないことを定めている。このようにして、わが国憲法は、全面的な戦争と戦力の否定に踏み切ったものであり、これは、世界各国の憲法が一般的に今なお侵略のみの否定にとどまっていることと対比して、歴史的な先駆的意義をもつ。ここに、わが国憲法が平和憲法と称されるゆえんがあり、このことを改めて確認しておきたいと思う。

2 九条解釈の「対立」の意味

このような内容をもつわが国憲法の平和主義については、その出発点においては、政府も、それが戦争と戦力の全面的否定を意味するという見地に立っていた。しかし、政府は、憲法施行後数年ならずして、アメリカ合衆国の占領政策および講和後の同国との安保条約にもとづく軍事的外交関係に規定されつつ、再軍備政策に転じ、憲法解釈も、それに見合うものへと変化させることになる。

そうした中で、裁判所の九条判例については、自衛隊の憲法適合性判断が求められたいくつかの訴訟において、下級審判決のうち、自衛権行使のための措置を予め講じること自体を合憲とした例（百里基地訴訟第一審判決）はあるが、具体的存在としての現実の自衛隊を積極的に合憲と判断したものはなく、かえって、明示的に、自衛隊のものであるか否かを問わず一切の戦力が否定されるとし、したがって自衛隊が戦力である以上違憲であると宣言した例（長沼訴訟第一審判決）が厳存することに改めて留意しておくべきであろう。また、肝心の最高裁は、自衛隊の憲法適合性判断を行ないうる機会を少なくとも

二度（右の長沼訴訟および百里基地訴訟）もったが、いずれも、憲法判断に立ち入っていない。つまり、自衛隊をめぐることは、合憲判決が出されないまま、下級審は、明確な違憲判決と、様々な手法を用いて違憲とはしない判決とに分かれており、最高裁は憲法判断を示していない、というのが実情なのである。これはよく知られた事柄であるが、ここで殊更に強調するゆえんは、平和主義をめぐるて厳しい論争があるのは規範が不明確だからだとして改憲の必要性を弁証しようとする論法に疑問を呈しておきたいがためである。

平和主義にかかわる憲法規範は、何ら、規範としての明確性を欠いてはいない。自衛隊および日米安全保障条約にもとづく駐留米軍の憲法適合性をめぐって意見が分かれるのは、憲法九条の規範が両義の解釈を許すようなあいまいさを含むものであることに因るのではなく、同条が政府に対し戦力保持を一切禁ずるものであるにもかかわらず、政府が、その政治的必
要からこれを歪めて解釈するに至ったからにほかならない。裁判所の判断についても、それらはたしかに分かれているが、自衛隊が日々増強され世界有数の軍隊として日本政治の中に定着している状況と、本来独立のものたるべき司法に対して現実には政府が強い影響力を行使している実情とを考慮するとき、それにもかかわらず、最高裁を含めて、自衛隊を積極的に合憲と宣明する判決をひとつも出していないことをこそ重視すべきであろう。この事実、前文・九条の規範を直視するとき、法律家的常識を尊重する限り、それが自衛隊を肯認するものであるとは、いかにしても解釈しえないことを物語っているのである。政治に右顧左眄する必要のない学説が、憲法制定以来、今日に至るまで一貫して、九条を戦争と戦力の全面否定規定と見、現実の戦力としての自衛隊および駐留米軍についてこれを違憲と解釈する立場を通説としてきたのも、まさに九条が明確な規範として存在しているからにほかならない。

このようにして、政府は、九条に従っていた束の間の時期ののち、政治の転換にともなう九条の歪曲を開始する。それ以降、政府ないし体制を形造る諸勢力は、平和憲法に対して一貫して非友好的態度をとりつづけ、今日に至っている。わが国では、恒久平和を世界にうち立てることを願い、平和のうちに生存しようとする人々が、この憲法に依拠してきた。すなわち、これらの人々が、政府が平和を害する政治を行なうことに抵抗し、政府に平和的政策をとるよう求める場合の梃子と

して、平和憲法が働いてきたのである。この、政治権力把持者が憲法を敵視し（その代表的政党は、九条を主要なターゲットとした改憲方針を党綱領の中に掲げている）、逆に、国民の側の多数が憲法擁護の側に立つという、わが国特有の憲法現象は、とりもなおさず、政府が本来ならその存立と政策遂行の規準としなければならないはずの憲法から逸脱しているがゆえに生じたものである。この点は、九条をめぐる見解の対立を論ずる際、看過されるべきではないと思われる。

3 湾岸「戦後」の憲法問題

今日、とりわけ湾岸戦争後、九条は激しい論議の的とされている。これをめぐって生起している問題は実に多くにわたるが、特徴的なのは、わが国の国際的役割を強調し、「国際貢献」を軍事的なものも含めて極めて広範な形でいう主張である。湾岸戦争における多国籍軍への戦費支出、掃海艇の派遣、自衛隊機派遣のための特例政令の制定、PKO法制定とカンボジアへの自衛隊派遣等々が相次いで行なわれたが、これらについては、すべて現行憲法の範囲内で可能であると主張されたわけである。その場合、とくに、たとえば、前文から、「国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ」という文言が援用されることがしばしばであった。¹だから「国際貢献」は当然だ²というわけである。しかし、これは、前文全体の文脈と歴史的背景を抜きにした「つまみ喰い」の解釈以外の何ものでもない。のみならず、こうした主張者は、平和的生存権の具体的権利性をめぐってはそれを否定する側に立ち、その論拠として、前文に法的規範性なしと論じていた者であって、論理の一貫性など見出しえようもない。

右のような見解には、様々のベクトルがあるが、そこに含まれている政治的要素にも注目するなら、その光源にあるものは、今日の連立保守政権の把持者とされる小沢一郎氏の見解である、と推定できよう。細川連立政権誕生の直前に出版された同氏が著者とする書物は、次のように述べている。³——「現行憲法には国際環境への対応に関する明確な規定がない。だから、憲法の解釈をめぐっていつまでも不毛な論争が繰り返される。この論議に決着をつけるために、私は二つの案を持っている。一つは、憲法第九条に新たに『第三項』を付け加える案である。⁴」もう一つの案として、憲法はそのままにして、

平和安全保障基本法といった法律をつくることも考えられる^(I-b)」と。すなわち、ここでは、九条の「解釈」と「改正」(増補)とは、同じ目的を達成するための二枚のカードとして扱われている。また、この論者は、「私は現在の憲法でも、自衛隊を国連待機軍として国連に提供し、海外の現地で活動させることができると考えている。その活動はすべて国連の方針に基づき、国連の指揮で行われるのであり、国権の発動ではないからだ^(I-c)」という考え方を持論としている。そして、「政治改革^(I-d)」として展開されている戦略は、憲法改正までを含む射程をもつものである。——いうまでもなく、憲法は歴史的被造物であって、歴史の進展にともない改正を施すことによって進歩をはかるべきものである。憲法典中の改正条項自体、そのことを予定している。しかし、右の論者が、「憲法は不磨の大典ではない。……憲法も、時代の変遷とともに姿を変えるのは当然のことだ^(I-d)」と語るとき、はたして憲法の真摯な実践をふまえての発言であるのか、疑念を禁じえない。日本国憲法が時代に合わなくなった、というのであるが、実は、自らの政治的立場に合っていないだけのことなのではあるまいか。政治を憲法に適合させて行なうという努力をした上で述べているとは、遺憾ながらいうことができないのである。憲法の生命力を論じようとするなら、制定後の歴史への客観的な認識に立って、将来に向けてこの憲法が社会を動かさうる可能性について真摯に検討する態度をとるでなければなるまい。

また、「平和基本法」、「安全保障基本法」等の名称をもつ、いわゆる「基本法」構想が、趣旨ないしその目指す方向が逆のものも含め、多様に出されている。さらには、いわゆる北朝鮮核疑惑への対処のためとして有事立法構想まで再浮上している。このようにして、現在、わが国憲法の平和主義にかんして憲法論上も論じておくべきテーマは、極めて多きにわたっている。その中には、政治的思惑の勝つたものも少なくないが、今日の平和憲法の置かれている状況にかんがみれば、それらを含めて、理論的検討を加えておくことが必要とされよう。

4 原点からの検証の必要

私は、これまで、平和憲法の規範論・動態論にかんして、その小見を、主として大学における講義の中で、また様々な研

究会、学習会において提示してきた。ただ、活字の形で公刊したものは、主には、教科書として著わした一書をもつにとどまる。右に述べたような問題関心からすれば、現在の平和憲法をめぐる諸テーマにかんして、小考を少しでも深めるべく努め、それを公にする必要を痛感するものである。そして、その際には、たえず、平和憲法の原点に立ち返って憲法政治の現実を検証する態度が必要とされよう。わが国憲法の平和主義条項は、時代を先取りし、他国の憲法に先駆ける内容をもつものであって、制定後今日までの間、人々の平和への、また自由と人間らしい生存への努力のよりどころとなつて人々を励まし、また人々はこれを支持してきた。それゆえにこそ、日本国憲法は、今後の時代に向けても大きな生命力をもっている。現実政治の憲法からの偏差を正しくはかり、あるべき憲法政治の姿を探索したいと思う。

その序説的考察の第一稿として、ここでは、諸「基本法」構想のうち、雑誌『世界』の昨年（一九九三年）四月号に出された「平和基本法」の提言をとりあげ、検討を加えておくこととしよう。⁽³⁾

II 「平和基本法」——共同提言と要綱案

『「平和基本法」をつくろう』をメイン・タイトルとし、「平和憲法の精神に沿って自衛隊問題を解決するために」をサブ・タイトルとした共同提言が、「平和基本法要綱（案）」を付して、九氏により、『世界』誌上に掲載された。⁽⁴⁾この提言は、その発表の場が、敗戦直後に創刊され、その後憲法擁護の論陣を張ってきた有力な総合雑誌であったこともあって、相当な反響を呼んでいる。共同提言者は、前田哲男・和田春樹・山口二郎・高橋進・古関彰一・鈴木佑司・高柳先男・山口定・坪井春樹の各氏である。前六名が討議したものを分担で執筆し、さらに討議を重ねてまとめたものに対して他の三名の賛同を得たものであるが、討議者内部においても若干の見解の相違があり、また具体化を先の課題とした部分もある（六七頁）とされる。

その内容は、共同提言者自らが「共同提言の要約」として示しているもの（六六頁）によれば、次のごとくである。

「① 世界共滅の危機をはらんだ米ソの冷戦が終結し、世界戦争の時代が終わった。

② 冷戦の終結により、ワルシャワ条約機構はなくなり、NATOの意味も大きく変った。また日米安保条約を取巻く環境も大きく変化した。一方で、地域紛争、民族紛争は激化しつつある。こうした情勢において、国際連合のもととの意味であつた集団的安全保障システムの考え方が注目されている。

③ 日本においては、冷戦の中で生まれ、国論を二分した憲法と自衛隊の矛盾が解決されなければならない。

④ そのためには、世界平和に非軍事的手段で積極的に寄与するとともに、憲法第九条の下に『平和基本法』をつくり、憲法の許容しうる水準の軍事力（最小限防御力）まで、現在の自衛隊の規模、体制を縮小するという国民的な合意を形成することである。冷戦的な情性を抜け出した国民的な議論、努力が必要である。

⑤ そのためにも、かつて侵略したアジアとの本当の和解がなしとげられなければならない。

⑥ 最小限防御力は、国の自衛権に基づくが、自衛権とは『固有の権利』ではなく、集団的安保システムによって賦与されたものであり、自ずと制約を受けていると考えられる。」

この共同提言の発表からほぼ一年が経つ。共同提言は、政治的には、憲法と自衛隊の関係をどうとらえるかをめぐると、くに自民党と社会党の間の「和解」を促そうとする意図をもっていた（六七頁）のであるが、その間に、社会党を加えた・自民党政治の継承を掲げる連立保守政権が成立し、また、それにより小選挙区制が導入される等の事態の推移があつた。それを経た現在、提言がいかなる意味をもつか検討しておくことは重要であると思われる。私見を先に示しておくなら、この提言は、平和政策樹立のためのコンセンサスを見出そうとし、また、防衛二法を解体するためのオルターナティブを提示しようとする主観的意図から発したものであろうことは感じられるにしても、いくつかの小さな問題を孕むものであつて、賛同しがたいのである。

私の関心の中心は、共同提言に盛られた多様なテーマのうち、「国土警備隊」を過渡的存在とする「最小限防御力」構想、および、「国際救援隊」と「国際（連）警察の一分枝としての日本部隊」構想にある。本稿では、そのうち、ほぼ前者に絞

つて考察することになる。

III 共同提言の問題点（一）

——「冷戦終焉」の意味把握と「従来の憲法論」の評価をめぐって

1 「冷戦後」をどうとらえるか

共同提言は、「冷戦の終焉」という認識を、提言の出発点に置いている。すなわち、「第二次大戦後、およそ半世紀にわたって世界を緊張のうちに縛ってきた冷戦の時代が終った。それはまた同時に、強国が自ら膨大な軍事費を費やしつつ、同盟を形成し、世界的な規模で対決するという、今世紀はじめからの『世界戦争の時代』の終焉でもあった。」（五三頁）という見解の開陳から、この文書は始まっている。

「冷戦」概念をどのように解するかは別にして、米ソ二大ブロックの対峙が、ソ連およびそのブロックの消滅によって解体され、そのことが世界情勢に極めて重要な影響を及ぼしていることは、明白事である。しかしながら、共同宣言は、「冷戦終焉」の射程を過大に解しているように思われる。とくに、先に引いた文章に続いて述べられている、「世界的な規模での冷戦の終焉は、日本の国内政治において長く続けられてきた対決と論争に終止符を打つことを要請している。戦後最大の論点は、いうまでもなく、憲法第九条と自衛隊・日米安保条約をめぐる対決であった。」（五三頁）とのくだりは、ほとんど不可解である。九条、自衛隊・安保をめぐる論争は、まさか米ソ各ブロックの代理人の間で交わされていたものではあるまい。また、共同宣言は、この「国論を二分した」（先に引用の「要約」）「論争」を、早く「終止符を打つ」べきものとみている（別のところでは、「憲法についてコンセンサスがないのは致命的である。」〔六〇頁〕ともいう）わけであるが、何故であろうか。わが国の平和・安全保障のあり方について「国論を二分」するような、それぞれ自主的な考え方が併存している状況の

方が、自由社会のあり方としてむしろ望ましいといえる。とりわけ現今、少数意見を排除して政治的インテグレーションを志向する傾きがにわかに強くなっているとき、この点に留意しておきたい。

また、共同宣言は、「冷戦後」の情勢認識として、「いまやお互いが敵でなくなつて、在外駐留軍の大群、膨大な核戦力、化学兵器、CIAとKGB、その他特殊機関——それらすべてが不要になつていく。……ここに始まる歴史の基本的方向は、軍縮であり、脱軍事化である。」(五七頁)と述べる。これは、世界各国、とりわけ唯一の超大国となつたアメリカ合衆国に向けた当為命題としてならともかく、現実の情勢認識としてはひどく客観性を欠いているように思われる。アメリカの軍事ブロックは、「冷戦後」も維持されているばかりか、強化さえされている。日米安保条約の体制も、またしかりである。国連PKOを例にとつてみても、国連の運営がアメリカ主導の色彩を、とりわけて湾岸戦争後に濃厚にしている中で、従来の本来的な中立的・事後的な平和「維持」(keeping)活動から、紛争当事国も加わつた予防的なし事前PKO、つまり平和「創出」(making)活動、さらには平和「執行」(enforcing)活動への変質をみせている。わが国のPKO法(「国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律」、一九九二年六月一九日成立)も、従来型の国連PKOに対応するものだとの推進者側の説明の下で成立した法律でありながら、実のところ、右の変質型のPKOに対応する内容をそなえている⁽⁵⁾。現在、連立保守政権の「政策協議」の場で持ち出されている有事法制論は、国連の活動と連動するものとして構想されている点に特徴があるが、それも、「冷戦後」の国連のアメリカ主導の傾向の強化を背景としたものであるといえよう。

2 憲法学説の果たしてきた役割をどうみるか

共同提案はいう。「私達の主張は、憲法違反の自衛隊を即廃止するというような、従来の『護憲論』ではない。非武装ではなく、後述する様々な条件のもとに、最小限防衛力といった新しいタイプの自衛組織は合憲的に保持しようという、いわば『創憲論』的な立場である。」と。これは、「従来の護憲論」を極端に単純化ないし歪曲するものである。

護憲の憲法学説は、戦力一般および現実の戦力としての自衛隊につき、これを解釈論上違憲と評価するところに共通点を

もつものであつて、自衛隊のプレゼンスという現況をいかにして憲法適合的な状態に変えていくかという、政策レベルでの措置については、右の解釈論上の評価とは全く別個の問題として論議すべきものとみている。その点で、多くの護憲論者は、「即廃止」などという単純な政策をもつてはいない。むしろ、廃止に至る現実的で賢明なプロセスを、智慧を集めて探求しているところである。対手を真実の姿でない形に貶めて描き出すことから、論争の豊かな実りは得られまい。

護憲論の代表的学者は、これまでの憲法学が積み重ねてきた「知られざる進歩」として、次の諸点を要約的に摘示している。⁽⁶⁾すなわち、①冷戦下の軍事化の現実を批判・抑制し、憲法の法規範性を生き残らせたこと、②自衛隊をめぐる憲法訴訟から逃避することなく、平和的生存権保障の憲法体制を明確ならしめ、確保したこと、③憲法前文・九条を世界平和に働きかける指針・原則として発展的に解釈し、その具体的平和戦略と立法論を提唱するようになったこと、である。この総括は、現実の自衛隊裁判と真正面から取り組みつつ学問的営為を進めた真摯な努力に支えられている。ここに典型例を見出すところの研究者の努力について、共同提言ははたして正当に評価しているのか、疑問である。

要するに、共同提言者諸氏の「現在という時代」のとらえ方、護憲的憲法学に対する観方は、それを「平和基本法」の立法提案の基礎とするには一面的に過ぎるのではないかとの思いを禁じえないのである。

IV 共同提言の問題点(二)——九条解釈論をめぐって

1 規範の「明快」さ

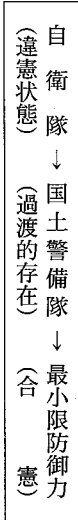
共同提言は、憲法九条が規範としての「明快さ」を欠いているという認識に立っている。すなわち、「憲法は、政治のあるべき姿や国家の在り方を規定した根本の規範であり、国民にとって明快なものでなければならぬ。解釈によって現実を説明するという姿勢ではなく、明快な規範の創造を志向する姿勢が必要である。」(六二頁)とする。しかし、九条の規定

は、規範としていささかも「明快」さに欠けるものではない。この論点は、Iですでにとりあげたので繰り返しを避けるが、それが明快であることは、政治的立場は全く区々の憲法学者たちの大多数が、憲法解釈者として、憲法制定後一貫して戦力全面放棄を解釈論上の結論としているところによく示されている。

目を向けるべきは、これに歪曲した解釈を施している者に対してである。片方に歪曲した解釈があることによって九条解釈に激しい対立が存在しているのであって、それは規範の不明確性に由来するものではない。解釈の歪曲を匡さないまま新規の規範をつくったとしても、またそれへの歪曲が始まるであろう。咎は、九条規定ではなく、歪曲解釈者の側にある。共同提言には、それに対する批判姿勢が認められない。

2 「最小限防衛力」とは

共同提言の中核に置かれているものとみられる構想は、「平和基本法」によって、まず、自衛隊を「国土警備隊」に変え、これを経過措置として、終局的に「最小限防衛力」へともっていこうというものである。次のように述べている。「〔平和基本法〕できた時点で、現在違憲な要素が含まれているために違憲状態にあるといえる自衛隊は、仮称国土警備隊に組み替えられ、合憲の、攻撃能力をもたない軍事力である最小限防衛力への過渡的存在とみなされる」(五四頁)と。図示するなら、



となろうが、憲法論上、問題が多い。

まず第一に、ここにいう「最小限防衛力」の概念にかかわる。それは、共同提言によれば、世界戦争の終焉により、自衛のための組織も、「大幅に小さいものですむことになり、九条で禁止されていない新しいタイプの自衛組織を構築する余地

が見えてきた」、この「新しいタイプの自衛組織」を「最小限防衛力」と呼びたい、とされ(六三頁)、また、「攻撃的な装備、作戦をもたず、通常の警察・消防では対処できない災害や紛争に対処するための自衛組織」であり、「ぐくもの典型」の「防衛組織」を意味する、とされる(六四頁)。しかし、その内容については、「国連の集団的安全保障システムや東アジアにおける地域的安全保障システムがどれだけ整備されるかによっても、この最小限防衛力の規模は変ってくる」(六四頁)とされ、他律的で極めて不明確である。合憲の存在とされる以上、当然ながら、これを将来廃止することは課題とされていない。

これにつき、要綱案の中では、「主権侵害行為から防衛するための実力は保持しうる」(五五頁)としているが、そうするなら、それが政府の自衛隊合憲解釈のキーワードである「必要最小限度の実力」との異同が問われよう。この政府解釈は、一九五四年第一次鳩山内閣によって示され、今日に至るまでほぼ一貫して維持されている見解であるが、憲法は独立国家に固有の自衛権までも否定するものではなく、自衛のために必要な最小限度の実力の保持を禁止していない。右の「実力」は、第九条によって禁止された「戦力」にあたらぬ⁷との論理をもつ。共同提言について、この政府解釈との相違を見出すことはまことに難しい。したがってまた、憲法九条をめぐる国民のコンセンサスを、この「最小限防衛力」を承認するところ求めようとするのは、正当とはいえない。

次いで第二に、自衛隊の憲法上の評価が、やはり問題となる。共同提言では、「最小限防衛力」が「合憲」とされたのは異なつて、現在の自衛隊には、違憲「状態」という評価が与えられている。このことは、規範論上いかなる意味をもつてあろうか。法的概念を厳密に用いるとき、「違憲状態」は、「違憲」とは断然区別される。「違憲状態」判決は、憲法判断の対象となる法現象について、これを違憲(違法、したがって無効)とは評価せず、むしろ結論的に(判決主文において)合憲(合法、したがって有効)としつつ、将来一定の時点までに改正を施さないときには違憲となりうるものであることを(理由中で)警告し、そうすることによって右の改正を立法府等に促す手法である。したがって、こうした厳密な法的文脈における「違憲状態」の概念は、せいぜい、議員定数配分不均衡訴訟などの訴訟に限ってのみ用いられうるものである⁷。

共同提言は、この概念の使用にあたって法律学的に十分な詰めをしたものとは思えない。自衛隊につき、現在違憲な「要素が含まれている」ために違憲「状態」にある「といえる」と述べるにとどめて、ストレートに「違憲」とすることを避け、結局、自衛隊を「軍隊」でなく「準軍隊」と呼ぶ（五八頁）文脈は、完全に政治的である。それにしても、自衛隊に對して腰の引けた姿勢ではある。また、やや詳細にみれば、共同提言は、「国土警備隊」を「新しい軍」と規定している個所があり（六四頁）、自衛隊＝準軍隊規定との不整合を呈している。こうしたことは、共同提言と要綱案が、法的作品としてはかなりの程度に未完成なものであるとの印象を与えている。

そして第三に、右の自衛隊から「最小限防衛力」に至る間の「過渡的存在」とされる「国土警備隊」の憲法的評価である。要綱案は、これにかんして、「経過措置」の項で、「平和基本法が成立したあと、自衛隊は任務の異なった国土警備隊（仮）に改組される」と定めている（五六頁）。違憲状態にある自衛隊は、「最小限防衛力」の域にまで縮減されてはじめて合憲とされ、他方、過渡的存在たる「国土警備隊」は平和基本法に支えられるものであるから、結局、国土警備隊は、いわば「違憲状態・合基本法」という存在となるものと思われる。ただ、この項の括弧書きで、「（平和基本法が成立したとき、国会は国土警備隊を合憲と認める）」とされており（五六頁）、右のことと整合しない。後に再びとりあげるであろう。

3 九条解釈の各説と共同提言の位置付け

共同提言は、自衛隊の憲法適合性をめぐる九条解釈を、次のように類型化する。すなわち、まず、肯定説Aは、九条一項は自衛権を否定しておらず、二項で必要最小限度の実力を保持できるとする。保守本流がこれを採用。肯定説Bは、一項は侵略戦争の否定に限られ、したがって二項で自衛戦力を持ちうるとする。芦田（均元首相）見解、小沢調査会の憲法理解がこのタイプである。これに對して、否定説Cは、一項があらゆる戦争の放棄を、そして二項が一切の戦力保持の禁止を定めているとする。否定説Dは、一項は自衛戦争を否定していないが、二項が一切の戦力保持を禁止し、その結果として自衛戦争も禁止されるとする。長沼訴訟一審判決で採用されている。——このような整理を施した上で、共同提言は、自らの解釈

を否定説Dの中に入れる。「憲法の平和主義を高く評価し、九条のインプルメンテーションを追求しようとする私達の解釈もまた、このDの論理である。なぜなら、Cの解釈では、非武装中立を直ちに実行する以外に道はなく、理想を実現するための安全保障の手段について検討する余地がないからである」（六三頁）というのである。

しかし、疑問が二つある。ひとつに、共同提言の立場は、自らいう否定説Dではなく、解釈論の枠組みにおいて、肯定説Aと同列に置かれるべきものと思われる。先に述べたように、共同提言のいわゆる「最小限防衛力」概念は、九条二項の「戦力」と警察力の間隙に右両者のいずれでもない武装力である「実力」が存在しうるとの理解に立った上で、「最小限防衛力」を「戦力ならざる実力」と位置づけるものであるが、それは、A説のいう「必要最小限度の実力」と変りがない。もとより、現在の自衛隊の憲法適合性の判断においては、A説は合憲、共同提案は違憲状態、という結論に立つのである点で、両者は大きく異なる。しかし、「最小限防衛力」概念は、解釈の作業のための道具としては「必要最小限度の実力」と同一の枠組みをもつものであって、その幅のとり方次第で際限なく後者に接近しうるのである。

もうひとつは、C説についての理解の問題であるが、Cの解釈では何故に「非武装中立を直ちに実行する以外に道はないこと」になるのだろうか。C説は、解釈論上、戦争の一切禁止・戦力の一切不保持を結論する以上のものではないのであって、「非武装中立の即時実行」へと進むかどうかは、その先にあるテーマなのである。C説の論者の中に、「中立」は憲法上の要請ではないと考える人が少なくない事実も、そのことの一証左であろう。共同提言が採るといふD説も、解釈の組立てこそちがえ、結論はC説と共有している。「非武装中立」の課題との関連の仕方、C説の場合と変るところがない。

なお、共同提言の「自衛権」概念にかかわって、一言付け足しておきたい。共同提言は、自衛権を「国連などの集団的安全保障システムによって『賦与』された権利」（六五頁）とみなしているが、その理由として、自衛権を「主権国家の『固有の権利』とするならば、自衛権の濫用という問題が起こる可能性」があり、「その濫用を許さないシステムを形成していく」必要があること、が挙げられている（六五頁）。しかしながら、国際法上各国家に認められる自衛権について、各国がこれを保持するかどうか、またその範囲をどうするかは、それぞれの国が各自の憲法によって決定すべき事柄である。「国

連などの集団的安全保障システムによる自衛権賦与」という構想には、国家による自衛権濫用の問題以上の危惧を感じざるをえない。

総じて、共同提言の九条解釈論には、規範論理において成り立ちがたいと思われる点が少なくないのである。

V 共同提言の問題点(三)——「基本法」形成をめぐる

1 現代法現象としての「基本法」形式

「基本法」は、たとえばボン基本法のように、一般の法律よりも強い形式的効力が認められる憲法と同じ意味に用いられる場合と、現代国家の基本政策をプログラムの示す立法について用いられる場合とがあり、わが国の農業基本法や公害対策基本法は、この後者にあたる。⁽⁸⁾ 共同提言のいう「平和基本法」は、「憲法第九条の下位法に位置づけられる準憲法的な法律」であるが、「たんなる理念の注釈ではなく、憲法第九条の確固とした現実的基盤であり、理念を具現化していく過程と手続きを明示するもの」であり、「現在の防衛二法にもとづく防衛庁・自衛隊は、この法律のもとに改組、吸収される」ものと位置付けられており(五四頁)、同じカテゴリーに含まれるものと構想されている。

「基本法」形式は、それ自体の是非をいうことはできない。とくに、教育基本法などは、憲法と一体をなすものとして、憲法二六条の理念を具体化したものとして積極的に評価することができよう。「平和基本法」も、九条の具体化法として立法することももちろん可能であり、もし、右に引用したような内容のものであるなら、それは、憲法九条の理念の現実化にとって積極的な意味をもちえよう。しかし、次に指摘するとおり、共同提言の基本法構想には、相当問題があるように思われる。

2 「平和基本法」と憲法九条の規範性

中心問題は、「平和基本法」が憲法といかなる規範的関連をもつかにある。共同提言は、端的に、同法が制定されたとき、「解釈をめぐる議論は憲法から『平和基本法』に移ることになる」とする（五四頁）。これは、憲法典の棚上げ構想である。前掲の箇所では、同法につき、「憲法第九条の下位法に位置づけられる」とし、また九条の「理念を具体化していく過程と手続きを明示する」ものとしていたわけだが、そのことと矛盾する。憲法九条から解釈規準としての力を失なわせることは、同条の規範性を枯死させることを意味する。教育基本法の憲法典との関連のさせ方とは全く異なるものといわなければならない。

この点が、要綱案の中では、「経過措置」として、次のように述べられている。——「平和基本法が成立したあと、自衛隊は任務の異なった国土警備隊（仮）に改組される。また非軍事を中心とする国連の平和維持活動など、国際的な貢献を任務とする国際救難隊（仮）は分割して別組織とし、志願によって構成する。このとき、すべての隊員の任官が保障される。

（改行）／最小限防衛力に向けての軍縮プログラムを策定し、それにしたがって、また周辺諸国の軍縮過程と連動させつつ、装備、定員の削減を行う。（平和基本法が成立したとき、国会は国土警備隊を合憲と認める）」（五六頁）と。

右の文が、非軍事を「中心とする」国際的な貢献、と述べているのは、軍事的国際貢献の余地を残すものであることに留意しておきたいが、ここでは、それはさておき、規範効力論として、とりあえず次の諸点が問題となる。

まず第一に、「法律」の成立で、その規律対象（国土警備隊）が何故に合「憲」となるのであろうか。法のヒエラルキーを無視した、成り立ちえない論理である。なお、先にも触れたことであるが、共同提言の中では、合憲の評価は「最小限防衛力」にまで縮減されて初めて与えられ、「国土警備隊」は、たかだか合（基本）法の過渡的存在と位置付けられており、そのことと整合しない。

また第二に、国会が国土警備隊の合憲性の認定主体とされている点であるが、裁判所の違憲審査権との関係はどのように

考えられているのであろうか。これにかんしては、説明されていない。そして、「国会は……合憲と認める」というのは、この基本法が国会に認定行為を義務づける趣旨なのであろうか。国会が或る国家行為について憲法に適合しているか否かを判断し、それを決議等の形式をもって表示することは、一般になされうることである。しかし、法律によって国会に右行為を義務づけるという形で将来の国会の活動を縛るというのは、理に合ったことではあるまい。

したがって第三に、この「平和基本法」方式は、憲法第九条に、同法に盛り込まれた趣旨の新項を増補することと同等の効果を、たんなる法律制定手続によって生み出すことになる。これは、法律をもつてする憲法の改正である。これを「立法改憲」と呼ぶかどうかは別にして、法治主義と原理的に相容れない思考法であることは間違いない。

結局、共同提言の「平和基本法」提案は、その主観的意図に反して、憲法の平和主義条項の規範性をなからしめる結果を導きかねないものと思われる。基本法を、自衛隊についての「違憲か合憲かの解釈論に終止符を打」つ（六四頁）ためのものとして構想することは、やはり、違憲の自衛隊を合法・合憲のものとしてしまうものでしかない。共同提言には、賛同しない。

VI なされるべきこと——むすびとして

1 立法の提唱と政治

この共同提言は、政治との関係を強く意識した文書である。先にも言及したが、「違憲か合憲かの解釈論に終止符を打ち、憲法の精神を現実の中に活かす創憲の道を求めることに論点を移していかなければならない」（六二頁）と述べ、また、「私達の主張は、……従来の『護憲論』ではない。非武装ではなく、……最小限防衛力といった新しいタイプの自衛組織は合憲的に保持しようという、いわば『創憲論』的な立場である」（五四頁）と自己規定している。この「創憲論」は、その用語

法も含めて、共同提言発表当時の山花委員長の社会党の立場であった。共同提言が、「国民の意思の政治的な表現である政党、とりわけ、自民党と社会党の、この問題についての共通了解、「和解」に向けた、血の滲むような努力が要請されている」（六七頁）と説くのも、右のようなスタンスからであった。

その後、政治状況は転変し、社会党は、自民党政治を継承する連立政権の与党となった。自民党にカンしても、異なる規模の幾度かの分裂を経て、その政策を一元的には把握できないような状態にある。そのような自・社の間に、今日、九条を含む安保政策にカンして、血のにじむ和解の努力を要するような距離は、もはや存在していない。のみならず、社会党は、細川首相辞任後、その後継首相選定の過程で、「日米安保条約を維持しつつ、国連の平和活動に積極的に参加する」こと、「朝鮮半島情勢」にカンして「政府は日本国憲法のもとで緊急の事態に備える」こと等に合意したのであるが、右「合意」のためになされた連立与党の政策協議の経過に照らして読めば、前者は、軍事力をもつてする国連のPKO活動への積極参加を意味し、後者には、有事立法の制定が含意されている。そのいずれも、昨年（一九九三年）八月の連立政権への参加以前には、社会党が正面から反対していたテーマである。こうして一八〇度の政策転換を遂げた現在、はたして、先の「創憲」論が今も維持されうるのか、疑問とせざるをえない。

学者の側からする立法提案が政党の動きと関連をもつこと、それ自体はなされてよいし、また必要でもあろう。ただ、今回の共同提言の場合、発表から今日までの一年の間に、そのもつ政治的意味が大きく変ったことを無視することはできないのである。

立法論的提言といった、政治に働きかける提案をする場合、それが社会運動としていかなる意味をもつかに慎重な配慮することが求められよう。今回の平和基本法の提唱については、平和運動の歴史的総括と、それにもとづく運動の展望の提示が不可欠である。その点で、「平和基本法」構想の現実性が問われる。それは、外濠がすでに侵されている状況（自衛隊・駐留アメリカ軍のプレゼンス）の下で、守り手（護憲勢力）が、自ら外濠を埋めてしまうことで内濠が死守できる、¹⁰との想定に立っているわけであるが、現状認識においても、また展望にカンしても、的確なものとはいえないのである。ここ

にとりあげた「平和基本法」以外にも、いくつかの基本法構想が出されているが、これまでに記してきた筆者の見解からすれば、各構想を積極的なものとして評価するには、それが、ひとつには、現実の自衛隊および駐留米軍を違憲の存在と判断していること、もうひとつには、したがって自衛隊の廃止と安保条約の解消を課題として掲げ、そのための——現実的であることがむしろ望まれるところの——賢明なプログラムを示していること、が欠かせないと思われる。

なお、社会科学者の社会的責任の問題も、ここにかかわっている。評論する余裕はないが、政治学者も、また法学者も、現実政治のテーマにかんする自己の発言については、その発言の現実政治に及ぼす影響を省察したうえで、それをなさなければならぬことは、いうをまたない。予期に反した結果が生じたとき、主観的意図が善意であることを、免責の理由としてはならないのである。

2 国民的コンセンサスの結節点

本稿でとりあげてきた『世界』誌上の「平和基本法」共同提言は、平和憲法を活かすための国民的合意をはかるためのオルターナティブの提起という趣旨に立つものではあった。筆者には、共同提言はその結節点として不適切である、と遺憾ながら思われるわけであるが、それではどのように考えるのか、その点を少し述べて、むすびに代えたいと思う。

ひとつには、何よりも、わが国憲法の原点それ自体をたえず明らかにする課題の重要性を強調したい。九条をめぐる解釈の対立は、たしかに厳しくかつ長期にわたっているが、それは九条の規範としての不明確さから生じたものではなく、歴史をふまえ理念に即し、そして文言に厳格に即した解釈態度からすれば誰しも到達できる解釈と、政策に憲法を合わせようとする態度をもって規範の意味を歪曲した解釈との対立でしかない。したがって、自衛隊・駐留米軍の憲法評価をめぐる違憲・合憲両説について課題とすべきは、その揚棄を探ることではなく、合憲論の誤りを匡し、自衛隊・駐留米軍が憲法上の評価としては違憲の存在であることを明らかにすることではなければならない。そのうえで、政治的現実としての違憲の制度に対して、それを憲法に適したものに改編していく現実的な筋道が探求されることになる。その道筋を設定する際には、衆

知を集めた賢明な判断が求められよう。

もうひとつは、憲法改正の課題をどう位置付けるかにかかわる。憲法は、それが歴史の作品である以上、歴史的被制約性を免かれえず、その制定後の時代の進行に比例して古いものとなる、といえる。「不磨ノ大典」に非ず、としばしば強調されるが、それは論を俟たない事柄であって、日本国憲法がいずれ改正されるべきは当然である。重要なのは、憲法改正が、その立憲主義的基本原理をさらに進歩させる内容をもつものでなければならぬことである。平和主義にかんしても同様であって、戦争放棄と軍備不保持をより確固としたものとする方向においてこそ改正はなされるべきであって、憲法の改正条項自身も、そのような方向での改憲のみを予定したものであるといえる。

しかしながら、わが国戦後憲法史の中で現実になされてきた改憲の提案は、憲法の基本原理を後退させる内容のものである点で共通しており、とりわけて平和主義にかんしてはそうである。とすれば、憲法原理を進歩させる方向での改憲を提起するにしても、その環境ないし条件についての深い検討を経たうえで、慎重になされなければならない。この点で、「護憲的改憲」という主張は、それが憲法の理念を活かすための改憲を目指すものであることは十分理解できても、その提起の条件と時期を正しく把握しなかったときには、歴史に逆行する改憲に道を開くことになってしまう。

私は、今は、憲法改正を提起すべきときではないと考える。むしろ、今こそ、憲法の理念に立脚して、世界において、世界各国民に向って、非軍事・平和の働きを示すべきであって、日本国憲法にもとづくそうした活動は、世界平和に大きな寄与を果たすことができる。したがって、「基本法」の提案も、憲法を棚上げしそれにとつて代るようなものではなく、憲法を正当に解釈したうえで、それを具体化するようなものこそが、今、待たれているのである。

註

- (1) 小沢一郎『日本改造計画』（一九九三年・講談社）。a——一三三頁、b——二二五頁、c——一二三頁、d——二二四頁。
- (2) 小林武二・三並敏克編『いま日本国憲法は——原点からの検証』（一九九二年・法律文化社）。

(3) 本稿は、一九九四年三月二八日に、中京大学で開催された、平和学会中部地区研究会'93年度例会および平和構想フォーラムNo. 2において、『国際貢献』の憲法問題——『平和基本法』共同提言をどううけとめるか』と題して行なった報告にもとづいている。そこでは、共同提言者の一人である高橋進氏が、私に先立って報告し、それと対応する形で私のものが位置づけられていた。同氏を含む多くの参加者から受けた示唆に、感謝したい。

(4) 古関彰一・鈴木佑司・高橋進・高柳先男・前田哲男・山口定・山口二郎・和田春樹・坪井善明「共同提言・『平和基本法』をつくろう——平和憲法の精神に沿って自衛隊問題を解決するために」世界五八〇号（一九九三年四月号）五三—六七頁。以下、本稿の（ ）内の数字は、すべてこの『世界』誌の頁数である。

(5) すなわち、①PKOの他に設けられた融通無礙の「人道的な国際救助活動」というカテゴリー（三条二号）、②従来のPKO（紛争国間の平和維持）より広い「国際の平和および安全の維持」（三条一号）、③予防的PKO（三条一号括弧書き）などがそれにあたる。

(6) 深瀬忠一「憲法学からみた『平和基本法』（上）世界五八三号（一九九三年七月号）四〇—四一頁。

(7) わが国の最高裁判決の中では、最大判一九八三・一一・七民集三七卷九号一二四三頁、最大判一九九三・一一・二〇民集登載予定などが、この手法を用いている。いずれも衆議院議員定数配分の不均衡が争われた事件である。

(8) さしあたり参照、『新法学辞典』（一九九一年・日本評論社）一七一頁。

(9) 「新たな連立政権樹立のための確認事項」（一九九四年四月二二日。朝日二三日付朝刊）。

(10) この適切な比喻は、樋口陽一氏による。

（一九九四年四月二三日 脱稿）